



HELMUT SIEKMANN

Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf EU-Ebene

Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter
dem Vorsitz von Jacques de Larosière

Institute for Monetary and Financial Stability
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN

WORKING PAPER SERIES No. 24 (2009)

PROF. DR. HELMUT SIEKMANN (HRSG.)

INSTITUTE FOR MONETARY AND FINANCIAL STABILITY
PROFESSUR FÜR GELD-, WÄHRUNGS- UND NOTENBANKRECHT
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT
GRÜNEBURGPLATZ 1
60629 FRANKFURT AM MAIN

TELEFON: (069) 798 – 34014
TELEFAX: (069) 798 – 33913
E-MAIL: GELD-UND-WAEHRUNG@IMFS-FRANKFURT.DE

HELMUT SIEKMANN

Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf
EU-Ebene

Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter
dem Vorsitz von Jacques de Larosière

Institute for Monetary and Financial Stability
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN

WORKING PAPER SERIES No. 24 (2009)

Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf EU-Ebene

Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter dem Vorsitz von Jacques de Larosière

Prof. Dr. Helmut Siekmann

Der Präsident der Europäischen Kommission, *José Manuel Barroso*, hat im Oktober 2008 eine Gruppe von Sachverständigen unter Vorsitz des früheren Präsidenten des Internationalen Währungsfonds (IWF) und der Banque de France, *Jacques de Larosière*, mit der Ausarbeitung von Ratschlägen zur Zukunft der europäischen Finanzregulierung („financial regulation“) und Aufsicht („supervision“) beauftragt. Die Gruppe hat ihren Bericht am 25. Februar 2009 vorgelegt.¹

Kapitel III des Berichts behandelt das Aufsichtssystem auf EU-Ebene und gelangt im Wesentlichen zu zwei Empfehlungen:

- Errichtung einer präventiv tätigen, institutsübergreifenden („macroprudential“) Aufsichtseinrichtung mit dem Namen „European Systemic Risk Council“ [ESRC]
- Umwandlung der bestehenden Ebene-3 Ausschüsse („3L3 committees“)² in ein neues europäisches System von Finanzaufsicht [ESFS] mit hoheitlichen Funktionen

¹ *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Chaired by Jacques de Larosière, Report, Brussels, 25 February 2009.

² Committee of European Banking Supervisors (CEBS) (Ausschuss der europäischen Bankaufsichtsbehörden), eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 5. November 2003, ABl. v. 7.1.2005, L 3/28; European Securities Committee (CESR) eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 6. Juni 2001, ABl. v. 13.7.2001, L 191/45; Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors (CEIOPS), eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 23. Januar 2001, ABl. v. 29.1.2001, L 25/28, ersetzt durch Beschluss der Kommission vom 29. Januar 2009, ABl. v. 29.1.2009, L 25/28. CEIOPS ist als juristische Person des privaten Rechts (eingetragener Verein) mit Sitz in Frankfurt am Main orga-

Vor allem die geforderte Neustrukturierung der Aufsicht ist unter verschiedenen Gesichtspunkten kritisch zu würdigen. Die Erwägungen konzentrieren sich dabei auf die Frage, ob die Umsetzung der Vorschläge ohne Änderung des primären Gemeinschaftsrechts möglich erscheint. Der Abschluss von separaten Verwaltungsabkommen oder von Staatsverträgen, mit denen ad hoc neue Einrichtungen geschaffen werden könnten, soll im Folgenden nicht weiter untersucht werden.

Zwar könnte auf diese Weise ein vollständiger Rechtsrahmen für Aufsichtseinrichtungen auf EU-Ebene geschaffen werden. Er könnte auch die Grundlage für die Übertragung von Hoheitsbefugnissen bilden, doch wäre dies mit gravierenden Nachteilen verbunden. Es ist keineswegs sicher, dass alle Mitglieder der EU eine solche Vereinbarung unterzeichnen würden, so dass unterschiedliche Aufsichtssysteme entstehen würden. Einer der Hauptgründe für eine Aufsicht auf europäischer Ebene würde verfehlt. Zum anderen würde eine institutionelle Parallelstruktur im Kernbereich der EU, dem gemeinsamen Binnenmarkt mit den Grundfreiheiten, geschaffen, die zahlreiche gravierende Probleme der Koordination und Abstimmung zwischen diesen, voneinander unabhängigen Systemen hervorrufen würde.

A. DAS EUROPEAN SYSTEMIC RISK COUNCIL

I. Der Vorschlag

Das ESRC soll unter der Schirmherrschaft der EZB stehen und von ihm verwaltungsmäßig unterstützt werden.³ Den Vorsitz soll der Präsident der EZB führen. An erster Stelle soll es die Aufgabe haben, Informationen zu allen institutsüber-

nisiert worden (Gründungsversammlung am 28. Mai 2004). Seine Mitglieder sind ausschließlich die nationalen Aufsichtsbehörden der Mitgliedsstaaten oder die Mitgliedsstaaten selbst, wenn die Aufsichtsbehörden keine Rechtsfähigkeit besitzen.

³ Zu weit *Roche*, Neue Finanzaufsicht stößt auf Widerstand der EU-Staaten, Börsen-Zeitung v. 23.4.2009, S. 8: „Unter Verantwortung der Europäischen Zentralbank.

greifenden („macroprudential“) Risiken in der EU zu sammeln. Dazu soll ihm das Recht auf Zugang zu allen mikro- und makroökonomischen Informationen einschließlich der institutsübergreifenden („macroprudential“) Entwicklungen eingeräumt werden. Damit sollen Risiken für die Finanzstabilität identifiziert werden können.⁴ Nach Analyse der Informationen hat es gegebenenfalls Risiko-Warnungen auszusprechen, die dann zwingend Maßnahmen der zuständigen EU-Einrichtungen zur Folge haben sollen.

II. Beurteilung

Die Tätigkeit des ESRC hat ihren Schwerpunkt in der Sammlung und Verarbeitung von Informationen.⁵ Es übt damit im Wesentlichen Hilfsfunktionen aus. Nicht das ESRC, sondern die zuständigen Organe und Einrichtungen der EU haben die danach erforderlichen Maßnahmen zu erlassen. Soweit ersichtlich, ist der Erlass eigener hoheitlicher Maßnahmen durch das ESRC nicht vorgesehen.

Damit sind die demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen an die Errichtung und Tätigkeit eines solchen Gremiums nicht so hoch wie bei der Schaffung von Einrichtungen und Behörden mit der Befugnis, rechtlich relevante Entscheidungen zu treffen. Soweit es zu den Aufgaben einer Einrichtung gehören soll, (hoheitliche) Maßnahmen mit Wirkung für den Bürger zu treffen, muss eine gesetzliche Grundlage in jedem Fall vorhanden sein. Aber auch bei Organisationsmaßnahmen, die lediglich den Staatsinnenbereich betreffen, ist nach deutschem Verfassungsverständnis eine gesetzliche Grundlage erforderlich, wenn sie wesentliche sind (institutioneller oder organisatorischer Gesetzesvorbehalt).⁶

⁴ *Roche* (Fn. 3).

⁵ Bericht (Fn. 1), S. 46: Empfehlung 16.

⁶ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rdn. 125 f.; a.A. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 20 Rdn. 53, der sich auf BVerfGE 86, 1 (109) beruft, wo aber nur die Existenz eines „Totalvorbehalts“ abgelehnt wird; zurückhaltend auch zur Anerkennung eines allgemeinen „institutionellen“ Gesetzesvorbehalts und auch zu einer pauschalen Übertragung der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts

Dieser Gesetzesvorbehalt greift vor allem dann ein, wenn Einrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit geschaffen, aufgehoben oder in ihrer Grundstruktur verändert werden.⁷ Im Übrigen ist sein Umfang nicht klar abgegrenzt und seine Geltung im Binnenbereich der EU weniger sicher. Beiräte und sonstige reine Beratungsgremien bedürfen aber auch nach deutschem Verständnis keiner gesetzlichen Grundlage. Allerdings ist eine solche Grundlage beispielsweise für den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung geschaffen worden, obwohl ihm die lange erwogene Befugnis zur (verbindlichen) Feststellung einer Störungslage *nicht* eingeräumt worden ist.

Der Ausspruch einer Warnung durch das ESRC entspricht aber einer solchen Feststellung, namentlich weil daran zwingende Folgen („mandatory follow up“) geknüpft werden.⁸ Auch ist zu bedenken, dass der Wirtschafts- und Finanzausschuss der EU (EFC) im primären Gemeinschaftsrecht verankert worden ist (Art. 114 Abs. 2 EGV), obwohl er im Kern auch nur Informationen zu sammeln und darüber zu berichten hat; sowie Beratungsaufgaben wahrnimmt und vorbereitende Arbeiten für entscheidungsbefugte Organe der EU erledigt.

Andererseits ist in den Empfehlungen des Berichts vorgesehen, dass bei ernsthaften Risiken („risks ... of a serious nature, potentially having a negative impact on the financial sector or the economy as a whole“) das ESRC den Wirtschafts- und Finanzausschuss (EFC) einschalten soll. Dieser – und nicht das ESRC – soll dann in Zusammenarbeit mit der Kommission eine geeignete Abwehrstrategie ausarbeiten und umsetzen („implement“). Ob die vorgeschlagene

der Bundesrepublik Deutschland, § 108 Rdn. 71, 101; grundlegend zum Ganzen *Köttgen*, Die Organisationsgewalt, VVDStRL Heft 16 (1958), S. 154 ff. (161 ff.); *Burmeister*, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, 1991.

⁷ *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 98 III, S. 379; *Breuer*, Die öffentlichrechtliche Anstalt, VVDStRL, Heft 44 (1986), S. 235 m.w.N.; *E.-W. Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 96 f.; *Renck*, Zur Bildung sog. Körperschaften des öffentlichen Rechts im formellen Sinne, BayVBl. 1993, S. 452 (454); *Krebs* (Fn. 6) Rdn. 102 m.w.Nachw.: Gesetzesvorbehalt für die Verselbständigung von Verwaltungsträgern. Deziert fordert das Bundesverfassungsgericht eine gesetzliche Regelung auch für Einrichtungen der „funktionalen Selbstverwaltung“, BVerfGE 111, 191 (217 f.).

⁸ Bericht (Fn. 1), S. 46: Empfehlung 17, erster Spiegelstrich.

Vorgehensweise mit Art. 114 Abs. 2 EGV vereinbar ist, dürfte zu bezweifeln sein. Möglicherweise liegen aber nur (sprachliche) Ungenauigkeiten vor. Jedenfalls ist eine nähere Untersuchung und Präzisierung angezeigt.

Auch sind die Aufsichts- und Weisungsbefugnisse des ESRC gegenüber den nationalen Aufsichtsbehörden, wenn deren Reaktion auf die Warnung als unzureichend angesehen wird, sehr beschränkt. Sie bestehen im Wesentlichen nur aus der Beobachtung dieser Behörden, der Beurteilung ihres Verhaltens, einem Anzeigerecht gegenüber dem Wirtschafts- und Finanzausschuss und einem Vorschlagsrecht im Hinblick auf weitere Maßnahmen gegenüber solchen Behörden.

Die Empfehlung weist im Hinblick auf das ESRC noch einige Unklarheiten und Ungereimtheiten auf, die der Klärung bedürfen. Die angesprochenen rechtlichen Bedenken bedürfen weiterer Untersuchung, erscheinen aber prinzipiell als ausräumbar. In jedem Fall wäre aber eine Vertragsänderung, vor allem auch im Vergleich zu Art. 114 Abs. 2 EGV, die juristisch „sauberere“ Lösung.

B. DIE NEUSTRUKTURIERUNG DER AUFSICHT

I. Der Vorschlag

1. Schaffung von Aufsichtseinrichtungen auf EU Ebene

Nach eingehender Untersuchung der gegenwärtigen Aufsichtsstruktur, und insbesondere der Zusammenarbeit in den Ausschüssen der Ebene 3 (CEBS, CESR und CEIOPS), gelangt der Bericht zu dem Ergebnis, dass sowohl die Struktur als auch die Rolle, die den bestehenden Ausschüssen zugewiesen sind, nicht ausreichen, um finanzielle Stabilität in der EU und ihren Mitgliedsländern zu gewährleisten. Er konstatiert eine Reihe von Ineffizienzen, denen bei ihrer gegenwärtigen rechtlichen Struktur nicht abgeholfen werden könne.⁹ Des-

⁹ Bericht (Fn. 1), Absatz 183.

wegen wird die Bildung eines europäischen Systems der Finanzaufsicht („European System of Financial Supervision“ - ESFS) vorgeschlagen.

a) Das ESFS

Das ESFS soll aus einem integrierten Netz europäischer Finanzaufsichtsbehörden bestehen, das mit den zu verstärkenden Ebene-3 Ausschüssen zusammenarbeitet. Der englische Originaltext ist in diesem Punkte aber nicht eindeutig. Er kann auch so zu verstehen sein, dass das ESFS aus den Ebene-3 Ausschüssen bestehen soll und die nationalen Aufsichtseinrichtungen in das System integriert werden.¹⁰ Jedenfalls soll das System eine dezentrale Struktur aufweisen und die Ausschüsse sollen von reinen Beratungsgremien in Einrichtungen (Behörden) mit Hoheitsbefugnissen („authorities“) transformiert werden.¹¹ Die bestehenden nationalen Behörden sollen aber weiterhin die laufende Aufsicht ausüben und die Mehrheit („majority“) ihrer derzeitigen Kompetenzen behalten. Auf EU Ebene sollen die in „Authorities“ umgewandelten Ausschüsse weiterhin ihre bisherigen Aufgaben erfüllen und darüber hinaus im Einzelnen aufgeführte umfangreiche neue Kompetenzen erhalten. Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen der nationalen Ebene und der EU Ebene ist im Bericht bereits bis in alle Einzelheiten aufgeführt.¹² Soweit grenzüberschreitend tätige (Finanz-)Institutionen betroffen sind, soll sich künftig auch das ESFS auf die neu eingerichteten Aufsichtskollegien („supervisory colleges“) stützen.

Die letztlich ausgesprochene Empfehlung¹³ beschreibt das ESFS als ein dezentrales Netzwerk, das sich aus folgenden Elementen zusammensetzt:

- den bestehenden nationalen Aufsichtsbehörden
- den drei neuen europäischen Aufsichtsbehörden („authorities“)

¹⁰ Bericht (Fn. 1), Absatz 184: „The ESFS should constitute an integrated network of European financial supervisors, working with enhanced level 3 committees ...“.

¹¹ Bericht (Fn. 1), Absatz 185.

¹² Bericht (Fn. 1), Absätze 184 und 208, Anhang V des Berichts (in Absatz 184 des Textes fälschlich als Anhang 3 bezeichnet). Dort wird unzutreffend auf Absatz 206 des Textes Bezug genommen, obwohl wohl Absatz 208 gemeint ist.

¹³ Bericht (Fn. 1), S. 48, Empfehlung 18.

- den Aufsichtskollegien („supervisory colleges“) für relevante grenzüberschreitend tätige Institute.

b) Unabhängigkeit

Der Bericht hält es für unabdingbar, dass das ESFS sowohl auf EU Ebene als auch auf nationaler Ebene unabhängig von möglichen Einflüssen der Politik oder der Unternehmen ist. Dazu müssten die Aufsichtseinrichtungen mit klaren Aufträgen und Aufgaben versehen werden. Sie müssten auch mit hinreichenden Ressourcen für ihre Arbeit ausgestattet sein. Als Gegengewicht zur Unabhängigkeit soll jedoch eine sachgerechte Verantwortlichkeit („proper accountability“) gegenüber den politischen Autoritäten auf Ebene der EU und auf nationaler Ebene sichergestellt sein. Damit soll auch ihre Legitimität („legitimacy“) gestärkt werden. Die Aufsichtsarbeit soll unabhängig von den politischen Autoritäten sein, aber dennoch vollständig verantwortlich (rechenschaftspflichtig) ihnen gegenüber („fully accountable to them“). Wie diese widerstreitenden Anforderungen verwirklicht werden sollen, lässt der Bericht weitgehend im Dunkeln.

c) Inhalte

Das ESFS soll sich für seine Arbeit auf einen gemeinsamen Satz von im Kern harmonisierten Regeln stützen („rely on a common set of core harmonised rules“) und Zugang zu allen wichtigen Informationen haben.¹⁴ Welche Art von Regeln gemeint ist, bleibt zunächst unklar. Das entspricht einer immer häufiger anzutreffenden Praxis im ökonomischen und politischen Sprachgebrauch, die sich nicht mehr die Mühe macht, zwischen (bindenden) Rechtsnormen und sonstigen Standards, Gewohnheiten oder Abmachungen zu unterscheiden. Möglicherweise ist sogar eine Normsetzungsbefugnis der neu geschaffenen Einrichtungen (stillschweigend) vorausgesetzt.

Hier Klarheit zu schaffen, dürfte ein eminent wichtiger Punkt sein; nicht zuletzt im Hinblick auf die katastrophalen Wirkungen, die von (privaten) Regelwerken

¹⁴ Bericht (Fn. 1), S. 48, Empfehlung 18

ausgegangen sind, die versteckt oder mittelbar in Rechtsnormen Eingang gefunden haben. Immerhin erkennt der Bericht die hoch problematische Wirkung unterschiedlicher (nationaler) Rechtsvorschriften für die grenzüberschreitenden Finanzmärkte und verlangt kategorisch die Beseitigung aller wesentlichen Unterschiede in den nationalen Gesetzen und Ausmerzung von Mehrdeutigkeiten in den Richtlinien bis zum Beginn des Jahre 2013. Diese Aufgabe müsse an erster Stelle erfüllt werden. Auffällig ist, dass in diesem Zusammenhang die schwammigen und meist irreführenden Begriffe „regulator“ und „regulation“, die sonst gerne verwendet werden,¹⁵ vermieden werden. Schlicht und zutreffend wird jetzt von einzelstaatlicher Gesetzgebung („national legislation“) gesprochen.

2. Zweistufiges Verfahren

Die Umwandlung der Ebene-3 Ausschüsse zu Behörden mit Hoheitsbefugnissen („authorities“) soll in zwei Stufen erfolgen.¹⁶ Die erste Stufe dient der Vorbereitung der Umwandlung. Auf ihr sollen die Ausschüsse personell verstärkt werden, eine Neudefinition ihrer Arbeit und Prioritäten stattfinden und schließlich eine verstärkte Zusammenarbeit erfolgen. Die Ebene-3 Ausschüsse sollen bereits auf dieser Stufe bei der Schaffung umfassender harmonisierter inhaltlicher Vorschriften maßgebend mitwirken. Entsprechendes gilt für die Schaffung einheitlicher Regeln über die Befugnisse nationaler Behörden und die Verhängung von (abschreckenden) Sanktionen.¹⁷

¹⁵ Auch in die deutsche Rechtssprache hat der nichtssagende Begriff „Regulierung“ bereits Eingang gefunden und soll zu einem neuen Rechtsgebiet „Regulierungsverwaltungsrecht“ führen, vgl. *Masing*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, *Die Verwaltung*, Bd. 36 (2003), S. 1 ff.; *ders.*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, *Gutachten zum 66. DJT*, 2006; *Bumke*, Kapitalmarktregulierung – Eine Untersuchung über Konzeption und Dogmatik des Regulierungsverwaltungsrechts, *Die Verwaltung*, Bd. 41 (2008), S. 227, der aber selbst die Konturlosigkeit des Regulierungsbegriffs eingehend darlegt (S. 228 f.).

¹⁶ Bericht (Fn. 1), Absatz 191.

¹⁷ Bericht (Fn. 1), Absätze 200 und 201.

Auf der zweiten Stufe soll das ESFS dann ein rechtliches Fundament erhalten. Die Ebene-3 Ausschüsse sollen möglichst bald von Rechts wegen in „Authorities“ umgewandelt werden.¹⁸ Neben ihren gegenwärtigen Beratungs- und Koordinierungsfunktionen sollen sie zahlreiche zusätzliche Kompetenzen erhalten.¹⁹

II. Beurteilung

1. Das Grundanliegen der Empfehlungen

Das Grundanliegen, das mit den Empfehlungen des Berichts verfolgt wird, leuchtet ein. Eine Internationalisierung und Ausweitung von Aufsicht und Kontrolle über Finanzmärkte und die auf ihnen tätigen Akteure erscheint unbedingt angebracht. Es muss jedenfalls – soweit menschenmöglich – ausgeschlossen werden, dass durch das Verhalten einiger weniger Entscheidungsträger große Volkswirtschaften in Gefahr geraten und die Weltwirtschaft in eine tiefe Rezession stürzt. Wenn in Deutschland das unverantwortliche Geschäftsgebaren einer einzelnen Bank einen Unterstützungsbedarf erzeugen kann, der fast die Hälfte des Volumens des Bundeshaushalts ausmacht, liegen auch gravierende Fehler und Schwächen der Rechtsregeln und der Aufsicht vor.

Die verschiedenen Hilfs- und Rettungsprogramme, die in bisher undenkbarem Ausmaß aus öffentlichen Mitteln finanziert worden sind, haben weltweit letztlich ihren Zweck nicht erfüllt: die Stabilisierung der Banken²⁰ und die Versorgung der „realen“ Wirtschaft mit hinreichenden Krediten zu akzeptablen Konditionen. Möglicherweise ist eine weitere drastische Verkürzung der Bankbilanzen erforderlich. Ob dabei eine sogenannte „bad bank“ eine gute Lösung ist, wird zunehmend in Zweifel gezogen, auch wenn sie das Gefallen der Bankwirtschaft finden sollte. Die Gründe sind nachvollziehbar, aber nicht unbedingt vorzugs-

¹⁸ Bericht (Fn. 1), Absatz 205.

¹⁹ Im Einzelnen aufgezählt im Bericht (Fn. 1) und im Anhang (Absatz 208 und Anhang V).

²⁰ Vor allem in den USA sind in nennenswertem Umfang auch andere Finanzdienstleistungsunternehmen, namentlich Versicherungen (AIG), betroffen.

würdig, nicht zuletzt im Hinblick auf die Staatsfinanzen und künftige Generationen von Steuerzahlern.

Schwächen des (rechtlichen) Ordnungsrahmens für die Finanzmärkte und ihre Akteure haben mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Entstehung und zum Verlauf der Krise nennenswert beigetragen. Tausende von hochkomplizierten Vorschriften und hunderte Druckseiten von Empfehlungen haben ebenfalls im Ergebnis einen ihrer Hauptzwecke, die Verhinderung einer Finanzmarktkrise, die zunehmend die „reale“ Wirtschaft in die Rezession stürzt, nicht erfüllt. Sie alle müssen auf den Prüfstand gestellt werden, kritisch und unbeeinflusst von den Partikularinteressen, die zum Teil an ihrer Formulierung mitgewirkt haben.

Ein grundlegender Mangel der Vorschriften kann aber schon bei erster Durchsicht festgehalten werden. Sie sind fast unlesbar und genügen keinesfalls rechtstaatlichen Anforderungen an Klarheit und Verständlichkeit von Gesetzen, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich um technische Spezialnormen handelt, die sich nicht an die Allgemeinheit richten.

Möglicherweise besteht gegenwärtig die einmalige Gelegenheit, supranationale oder gar globale Rahmenbedingungen für Finanzmärkte aufzustellen, die klar, einfach, lückenlos und rechtlich bindend sind. Selbst aus Großbritannien sind erstaunlich weitgehende Vorschläge für eine Finanzmarktaufsicht, die diesen Namen verdient, gemacht worden - auch auf Ebene der EU.²¹ Allerdings hat sich vor wenigen Tagen die britische Regierung auf dem Treffen der Finanzminister und Notenbankgouverneure in Prag skeptisch zu den vorgeschlagenen Befugnissen für die „authorities“ geäußert.²²

²¹ FSA, The Turner Review, A regulatory response to the global banking crisis, March 2009, Empfehlung Nr. 27: „A new European institution should be created which will be an independent authority with regulatory powers, a standard setter and overseer in the area of supervision, and will be significantly involved in macro-prudential analysis. This body should replace the Lamfalussy Committees. Supervision of individual firms should continue to be performed at national level.“

²² Vgl. Roche (Fn. 3).

Allerdings gibt es noch nicht genug Distanz zu den Ereignissen, um wirklich überlegte Vorschläge für die Zukunft machen zu können. Sie sollten hinreichend vorbereitet und sorgfältig geprüft werden. Kurzfristiger Aktivismus kann mehr schaden als nutzen und zu nicht mehr reversiblen Festlegungen für die Zukunft führen.

Die Krise ist noch zu neu, um endgültige Schlussfolgerungen ziehen zu können. Sie wandelt zudem laufend ihre Gestalt und ein Ende ist noch nicht in Sicht. Im Gegenteil bestehen Anzeichen, dass in raschen Abständen neue Verschärfungen eintreten. In jedem Fall handelt es sich um ein komplexes, multi-faktorielles und multi-kausales Geschehen. Schon aus diesem Grunde verbieten sich vorschnelle und (zu) breit angelegte Umbaumaßnahmen, die allenfalls künftige Krisen verhindern können. Zur Bewältigung der gegenwärtigen Situation tragen sie wenig oder nichts bei.

2. Die Rechtsnatur der „Authorities“

Bei den zu schaffenden „Authorities“ handelt es sich möglicherweise um Agenturen im Sinne des Gemeinschaftsrechts, auch wenn (bewusst) nicht der Begriff „Agency“ verwendet worden ist.

a) Die europarechtliche Agentur

Im Vertragstext tauchen die Agenturen nicht auf. Sie sind Geschöpfe des sekundären Gemeinschaftsrechts. Der Begriff Agentur ist dabei nicht gefestigt, unterscheidet sich aber von dem der Behörde.²³ Die Kommission umschreibt sie wie folgt: „Agenturen sind keine Organe der EU, sondern von der EU geschaffene Einrichtungen, die sehr spezifische fachliche, wissenschaftliche oder ad-

²³ *Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 44, die aber einen problematischen Behördenbegriff verwendet. In der frühen Diskussion ist aber auch von „nachgeordneten Behörden der Kommission“ gesprochen worden, vgl. *Everling*, Zur Errichtung nachgeordneter Behörden der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Walter Hallstein und Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlass seines 70. Geburtstags, 1965, S. 33 ff.

ministrative Aufgaben haben.“²⁴ Im Schrifttum wird ähnlich weit abgegrenzt und unter einer europäischen Agentur „relativ unabhängige, die auf Dauer angelegt, mit speziellen, eigenständigen Aufgaben befasst und als Einrichtung des Gemeinschaftsrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet sind.“²⁵ Es werden vier Kategorien von EU-Agenturen unterschieden:

1. Gemeinschaftsagenturen
2. Agenturen für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
3. Agenturen für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
4. Exekutivagenturen

(1) Gemeinschaftsagenturen sind Körperschaften des europäischen öffentlichen Rechts. Sie sind gegenüber den Organen der Gemeinschaft (Rat, Parlament, Kommission usw.) verselbständigt und verfügen über eine eigene Rechtspersönlichkeit.²⁶ Sie werden durch einen Akt des abgeleiteten Rechts zur Ausübung ganz bestimmter technischer, wissenschaftlicher oder verwaltungstechnischer Aufgaben im Rahmen des „ersten Pfeilers“ der Europäischen Union errichtet. Gegenwärtig gibt es 22 Gemeinschaftsagenturen²⁷, von denen die Eu-

²⁴ *Europäische Kommission*, Generaldirektion Presse und Kommunikation: Wie funktioniert die Europäische Union, Juni 2003.

²⁵ *Fischer-Appelt* (Fn. 23), S. 38. Weiterhin wird auch zwischen Agenturen des Unionsrechts und des Gemeinschaftsrechts unterschieden, vgl. *Brenner*, Die Agenturen im Recht der Europäischen Union, in: *Europa im Wandel*, Festschrift für Hans-Werner Rengeling, 2008, S. 193, 196.

²⁶ So der Sprachgebrauch von Rat und Kommission, zust. *Ohler*, Anmerkung zum EuGH Urteil vom 2.5.2006, Aktenzeichen C-217/04, EuZW 2006, 369 (373).

²⁷

- Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen (FRONTEX)
- Europäische Agentur für die Sicherheit des Seeverkehrs (EMSA)
- Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA)
- Europäische Agentur für Grundrechte (FRA) - früher: EUMC
- Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA)
- Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (EU-OSHA)
- Europäische Arzneimittel-Agentur (EMA)
- Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA)
- Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (EMCDDA)
- Europäische Chemikalienagentur (ECHA)
- Europäische Eisenbahnagentur (ERA)
- Europäische Fischereiaufsichtsbehörde (CFCA)
- Europäische GNSS-Aufsichtsbehörde (GSA)
- Europäisches Institut für Gleichstellungsfragen (in Vorbereitung)
- Europäische Stiftung für Berufsbildung (ETF)

ropäische Agentur für Grundrechte besonders umstritten war, so dass im Schrifttum bereits von einem „Agenturunwesen“ gesprochen wird.²⁸

(2) Im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union (GASP) – des „zweiten Pfeilers“ – wurden Agenturen zur Ausübung ganz bestimmter technischer, wissenschaftlicher oder verwaltungstechnischer Aufgaben errichtet. Es gibt zurzeit drei solche Agenturen.²⁹

(3) Eine andere Gruppe von Agenturen wurde geschaffen, um die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung der internationalen organisierten Kriminalität zu unterstützen. Diese Zusammenarbeit in Strafsachen ist der „dritte Pfeiler“ der EU. Von diesen Agenturen bestehen drei.³⁰

(4) Exekutivagenturen sind Organisationen, die entsprechend der Verordnung (EG) Nr. 58/2003³¹ mit bestimmten Aufgaben bei der Verwaltung von Gemeinschaftsprogrammen beauftragt werden. Diese Agenturen werden für einen festgelegten Zeitraum eingerichtet. Sie müssen am Sitz der Europäischen Kommission (Brüssel oder Luxemburg) angesiedelt sein. Sie unterscheiden sich im We-

-
- Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (EUROFOUND)
 - Europäisches Zentrum für die Förderung der Berufsbildung (Cedefop)
 - Europäisches Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC)
 - Europäische Umweltagentur (EEA)
 - Gemeinschaftliches Sortenamt (CPVO)
 - Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (OHIM)
 - Übersetzungszentrum für die Einrichtungen der Europäischen Union (Cdt).

²⁸ *Wittinger*, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR 2008, 609, die – ohne nähere Angaben – auf 23 Gemeinschaftsagenturen kommt.

²⁹

- Europäische Verteidigungsagentur (EDA)
- Institut der Europäischen Union für Sicherheitsstudien (ISS)
- Satellitenzentrum der Europäischen Union (EUSC).

³⁰

- Einheit für justizielle Zusammenarbeit der Europäischen Union (Eurojust)
- Europäische Polizeiakademie (CEPOL)
- Europäisches Polizeiamt (Europol).

³¹ ABl. L 11/1 vom 16.1.2003.

sentlichen dadurch von den Gemeinschaftsagenturen, dass sie nicht auf Dauer angelegt sind. Gegenwärtig sind sechs Exekutivagenturen eingerichtet.³²

b) Die „Authorities“ als Gemeinschaftsagenturen

(1) Voraussetzung für die Einstufung als Gemeinschaftsagenturen ist, dass die „Authorities“ unabhängig sind. Unabhängigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Einrichtung nicht Teil eines Gemeinschaftsorgans ist.³³ Die „Authorities“ sollen aber keine Dienststellen der Kommission, sondern Teil des (selbständigen) ESFS sein. Zur haushaltsrechtlichen Unabhängigkeit macht der Bericht keine Angaben, doch dürfte diese auch kein konstituierendes Merkmal für eine Agentur sein. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt werden die Ebene-3 Ausschüsse jedenfalls von den jeweiligen Mitgliedern finanziert.³⁴ Sie stellen ihr eigenes Budget auf.³⁵ Für besondere Projekte bekommen sie Zuwendungen von anderen europäischen Institutionen.³⁶ Haushaltsrechtliche Unabhängigkeit ist daher schon jetzt gegeben.

(2) Die „Authorities“ sollen auch auf Dauer angelegt sein.

(3) Ihnen werden schon durch den Bericht spezielle eigenständige Aufgaben zugewiesen. Dabei handelt es sich unter anderem um die Möglichkeit, eine rechtlich bindende Mediation („legally binding mediation“) durchzuführen.³⁷ Wenn kein Ergebnis dabei gefunden werden kann, soll die Möglichkeit beste-

³² - Exekutivagentur Bildung, Audiovisuelles und Kultur (EACEA)
- Exekutivagentur des Europäischen Forschungsrates (EFR)
- Exekutivagentur für das transeuropäische Verkehrsnetz (TEN-T EA)
- Exekutivagentur für die Forschung (REA)
- Exekutivagentur für Gesundheit und Verbraucher (EAHC)
- Exekutivagentur für Wettbewerbsfähigkeit und Innovation (EAWI)

³³ *Fischer-Appelt* (Fn. 23), S. 39.

³⁴ CESR Art. 9.2 des Charters, CEBS Art. 8.2 des Charters und CEIOPS § 4 Abs. 4 der Satzung.

³⁵ CESR Art. 9.1 des Charters, CEBS Art. 8.1 des Charters und CEIOPS § 4 Abs. 4 der Satzung.

³⁶ CESR Art. 9.3 des Charters, CEBS Art. 8.3 des Charters und CEIOPS § 4 Abs. 4 der Satzung.

³⁷ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 Buchst. i, erster Spiegelstrich.

hen, gewisse aufsichtsrechtliche Maßnahmen direkt gegenüber dem betroffenen Finanzinstitutionen anzuordnen. Weiterhin sollen die „Authorities“ alle nötigen Informationen über grenzüberschreitende Institutionen von den nationalen Aufsichten einsammeln.³⁸ Darüber hinaus sollen die „Authorities“ aufsichtsrechtliche Standards verbindlich festsetzen können.³⁹ Die „Authorities“ sollen auch für die Erteilung von Erlaubnissen und Genehmigungen („licensing“) zum Betrieb von bestimmten EU-weiten Instituten und für deren Überwachung zuständig sein.⁴⁰ Schließlich sollen sie sicherstellen, dass alle nationalen Aufsichten die nötigen Standards erfüllen.⁴¹ Wenn in außergewöhnlichen Situationen die Finanzstabilität in Gefahr ist, soll es den „Authorities“ möglich sein, teilweise die Aufgaben der nationalen Aufsicht durch strikte Koordination („strong coordination“) und durch Hilfe bei den Vollzugsentscheidungen („help the relevant authorities to define and implement the right decisions“) zu übernehmen.⁴²

(4) Die „Authorities“ sollen auf der zweiten Stufe – im Gegensatz zu den bestehenden Ebene-3 Ausschüssen – auch als Einrichtung des Gemeinschaftsrechts organisiert werden. Dabei dürfte ihnen auch - auf sekundärrechtlicher Grundlage - die wesentlichen Elemente, wie innere Struktur und Rechtsschutz, vorgegeben werden.⁴³

(5) Die Überlegungen des Berichts zur Unabhängigkeit⁴⁴ setzen auch voraus, dass die „Authorities“ mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet werden sollen.

(6) Schließlich dürfte die Wahl der Bezeichnung („authority“ statt „agency“) einer Einstufung als Gemeinschaftsagentur nicht entgegenstehen. Von den 22 Gemeinschaftsagenturen tragen zwei ebenfalls die Bezeichnung „Authority“, wie

³⁸ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 i, dritter Spiegelstrich.

³⁹ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 iii.

⁴⁰ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 ii.

⁴¹ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 iv, dritter Spiegelstrich.

⁴² Bericht (Fn. 1), Absatz 208 vi.

⁴³ *Fischer-Appelt* (Fn. 23), S. 41.

⁴⁴ Bericht (Fn. 1), Absatz 187 mit Fn. 10.

die European Food Safety Authority (EFSA) und die European GNSS Supervisory Authority (GSA). Auch tragen die meisten Agenturen nicht die Bezeichnung „Agentur“.⁴⁵

3. Die Schaffung von Gemeinschaftsagenturen

Der Text der Verträge enthält fast keine Anhaltspunkte für Gründung und Ausgestaltung von nachgeordneten Einrichtungen der EU, namentlich von Agenturen. Auf EU-Ebene ist es deshalb grundsätzlich untersagt, Kompetenzen auf solche Einrichtungen zu übertragen, die nicht in den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Union vorgesehen sind. Die Übertragung solcher Befugnisse muss daher sehr zurückhaltend gehandhabt werden und unterliegt besonderen Bedingungen.⁴⁶ Allerdings ist ihre (grundsätzliche) Zulässigkeit in Art. 234 Abs. 1 lit. c EGV vorausgesetzt und entspricht auch der bereits dargestellten umfangreichen Praxis, die allerdings im Hinblick auf ihre Massierung zunehmend auf Kritik stößt.

Analytisch sind immer drei Fragen zu unterscheiden, auch wenn sie bei dem tatsächlichen Errichtungsakt meist zusammen fallen:

1. Hat die EU die Kompetenz zur Wahrnehmung der Aufgabe, die durch die Einrichtung erfüllt werden soll?
2. Hat sie die Rechtsmacht zur Schaffung der Einrichtung?
3. Entspricht die konkrete Ausgestaltung der Aufgaben und Befugnisse, die auf die Einrichtung übertragen werden, den Anforderungen des (primären) Gemeinschaftsrechts?

⁴⁵ Siehe die Aufzählung in Fn. 27 und *Wittinger* (Fn. 28), S. 609.

⁴⁶ Das ist Folge der „Meroni-Doktrin“, wie sie von der EU selbst in ihren Veröffentlichungen dargestellt wird.

a) Beschränkte Zulässigkeit

Es bestehen aber keine durchgreifenden Bedenken, Agenturen als bloße Informationssammelstellen oder Beratungseinrichtungen für die Organe der EU zu errichten. Soweit sie keine verbindlichen Rechtsakte erlassen, bedarf es dazu keiner spezifischen Grundlage im primären Gemeinschaftsrecht. Es ist anerkannt, dass die Kommission berechtigt ist, derartige Einrichtungen im Rahmen ihrer *Organisationsgewalt* zu errichten, wenn Zuständigkeit und die Verantwortung für das Handeln nach außen gegenüber den anderen Organen der Gemeinschaft, den Mitgliedstaaten und den Unternehmen und Bürgern bei der Kommission verbleiben. In diesem Fall wird auch das institutionelle Gefüge der Gemeinschaft in keiner Weise angetastet, und der Rechtsschutz bleibt ungeschmälert.⁴⁷

b) Einrichtungen mit Hoheitsbefugnissen

Etwas anderes dürfte aber gelten, wenn Hoheitsbefugnisse auf eine nachgeordnete Stelle übertragen werden. Bloße Organisationsakte der Kommission (oder auch des Rates) reichen insoweit nicht mehr aus.⁴⁸ Unklar ist aber, ob in einem solchen Fall immer eine Vertragsänderung erforderlich ist. Das wird überwiegend verneint⁴⁹ und wohl auch von der Rechtsprechung nicht verlangt, wenn bestimmte Grenzen eingehalten werden.⁵⁰ Es kommt danach entscheidend darauf an, auf welche Vorschrift des Vertrages die Errichtung der Stelle

⁴⁷ *Everling* (Fn. 23), S. 40.

⁴⁸ *Fischer-Appelt* (Fn. 23), S. 84 f.

⁴⁹ *Streinz*, in: ders., EUV/EGV, 2003, Art. 7 Rdn. 34; *Schwartz*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Art. 308 Rdn. 215 m.w.N.; *Callies*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 7 Rdn. 38, mit Wiedergabe der verschiedenen Standpunkte (Rdn. 34-36); anders *Everling* (oben Fn. 23), S. 42: „Es bedarf vielmehr einer Vertragsänderung ...“, der aber im Folgenden doch von nachgeordneten Behörden ausgeht, die durch Sekundärrecht geschaffen worden sind (S. 43 f.).

⁵⁰ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 - Meroni; Urteil vom 2.5.2006, Rs. C-217/04, Rdn. 44, 56 f., 63 Slg. I (2006), 3771 (3806) - ENISA. Die dort behandelte Agentur (ENISA) hat aber wohl keine echten eigenen Entscheidungsbefugnisse; anders aber die Rechtsprechung zu der Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeiter, EuGH Rs. 19/67, Slg. 1967, 461 (474) – van der Vecht: echte Entscheidungsbefugnisse dürfen nicht übertragen werden; noch strenger EuGH Rs. 98/80, Slg. 1981, Rdn. 20 - Romano/INAMI.

gestützt wird⁵¹ und wie die Befugnisse der nachgeordneten Stelle (Agentur) im Einzelnen ausgestaltet sind.⁵² In jedem Fall dürften aber Akte des (sekundären) Gemeinschaftsgesetzgebers erforderlich sein. Es ist aber nicht sicher, ob der bloße Errichtungsakt bereits eines förmlichen Gesetzes bedarf, da das Primärrecht keinen ausdrücklichen institutionellen Gesetzesvorbehalt enthält. Allerdings wird eine förmliche gesetzliche Regelung für die Übertragung von (Exekutiv-) Befugnissen zu verlangen sein.⁵³

In jedem Fall bedarf dieser Punkt aber angesichts der divergierenden Rechtsprechung weiterer Vertiefung.

4. Rechtsgrundlagen für die Errichtung der „Authorities“

Wegen des für die EU geltenden Prinzips der „begrenzten Einzelermächtigung“ (Art. 5 Abs. 1 EGV) bedarf die Gründung einer Gemeinschaftsagentur einer Rechtsgrundlage im Primärrecht. Dazu bieten sich grundsätzlich zwei Wege an, das Abstellen auf Spezialvorschriften oder die Verwendung der Auffangkompetenz aus Art. 308 EGV.⁵⁴ Sie schließen sich aber gegenseitig aus, so dass immer nur ein Weg begangen werden kann. In der Praxis ist lange Zeit vornehmlich der zweite Weg gewählt worden, während nun zunehmend der Rückgriff auf Spezialvorschriften, vor allem materielle Kompetenznormen, erfolgt.⁵⁵ Es ist zwar nicht unbestritten, doch wird verbreitet vertreten, dass jede Vorschrift des (primären) Gemeinschaftsrechts, welche die Befugnis enthält, „zweckdienliche Vorschriften“ zu erlassen oder „bestimmte Gemeinschaftsmaßnahmen“ zur Erreichung von einzelnen Ziele und Politiken der Gemeinschaften zu

⁵¹ Dazu näher unten im Abschnitt „4. Rechtsgrundlage“.

⁵² Dazu näher unten im Abschnitt „5. Die Aufgaben und Befugnisse der „Authorities“.

⁵³ In diesem Sinne *Ohler* (Fn. 26), S. 373, bei Verwendung von nicht eindeutiger Terminologie.

⁵⁴ Vgl. *Wittinger* (Fn. 28), S. 612. Ob das so allgemein auch für rein beratende oder informationssammelnde Stellen gilt, kann hier offenbleiben, da die vorgeschlagenen „Authorities“ deutlich darüber hinausgehende Befugnisse haben sollen.

⁵⁵ *Streinz* (Fn. 49), Art. 308 Rdn. 34; *Ohler* (Fn. 26), S. 373. Eine Aufzählung ist bei *Wittinger* (Fn. 28), S. 612, zu finden.

ergreifen, auch als Grundlage zur Errichtung von Agenturen dienen kann. Dies gilt auch, soweit diesen Einrichtungen Verwaltungskompetenzen übertragen werden sollen.⁵⁶ Allerdings bedarf es jeweils einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall, ob diese Errichtungskompetenz besteht und ob das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EGV gewahrt ist.⁵⁷

a) Spezialermächtigungen

Eine ausdrückliche Ermächtigung, welche die Schaffung der vorgeschlagenen „Authorities“ oder des ESFS insgesamt erlauben würde, ist im Primärrecht nicht ersichtlich.

Allerdings könnte Art. 95 EGV als Grundlage dienen, Gemeinschaftsagenturen durch Akte des sekundären Gemeinschaftsrechts zu gründen. In der Praxis ist beispielsweise die Gründung der Agentur für Netz- und Informationssicherheit auf diese Vorschrift gestützt worden.⁵⁸

Art. 95 Abs. 1 EGV spielt eine zentrale Rolle für die Harmonisierung des Binnenmarktes. Danach kann der Rat zur Verwirklichung des Funktionierens des Binnenmarktes Maßnahmen zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen. Zum Teil wird diese Formulierung so verstanden, dass damit auch die Befugnis eingeräumt sei, Agenturen zu gründen.⁵⁹ Zum Teil wird aber darauf abgestellt, dass von der Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften und nicht von Verwaltungsakten die Rede sei. Wenn der Bezugspunkt von Art. 95 Abs. 1 EGV die Vorschriften der Mitgliedstaaten seien, lasse sich kaum begründen, dass ein Organisationsakt zur Errichtung einer Gemeinschaftsagentur die Angleichung der Rechts- und Ver-

⁵⁶ Vetter, Die Kompetenzen der Gemeinschaft zur Gründung von unabhängigen europäischen Agenturen, DÖV 2005, 721 (723 ff.); Wittinger (Fn. 28), S. 612.

⁵⁷ Streinz (Fn. 57), Art. 308 Rdn. 34; Vetter (Fn. 56), S. 727.

⁵⁸ Verordnung (EG) Nr. 460/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2004 zur Errichtung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit.

⁵⁹ Ohler (Fn. 26), S. 373; ähnlich Wittinger (Fn. 28), S. 613.

waltungsvorschriften zum Inhalt habe. Damit scheide die Vorschrift als vertragliche Rechtsgrundlage zur Errichtung von Agenturen mit Vollzugsbefugnissen aus.⁶⁰

In seiner Entscheidung zur Gründung der Agentur für Netz- und Informationssicherheit hat der EuGH diese Möglichkeit („Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung“) nunmehr aber ausdrücklich anerkannt.⁶¹ Nach Auffassung des EuGH kann der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen von Art. 95 EGV aufgrund seiner Sachwürdigung die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung für notwendig erachten. Sie muss allerdings die Aufgabe haben, einen Beitrag zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses zu leisten.⁶² Der EuGH verlangt weiter, dass die Aufgaben, die einer solche Einrichtung übertragen werden, in engem Zusammenhang mit den Bereichen stehen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen.⁶³

Es ist zu prüfen, ob die vom EuGH aufgestellten Kriterien bei einer Umwandlung der Ebene-3 Ausschüsse in „Authorities“ erfüllt sind. Es muss danach der Gemeinschaftsgesetzgeber aufgrund seiner Sachwürdigung die Schaffung der Einrichtung für notwendig erachten. Der Bericht begründet die Schaffung der „Authorities“ mit dem Versagen der Finanzaufsicht. Nur eine neue europaweite Finanzaufsicht vermöge in einer solchen Krise effizient zu reagieren. Dieser Einschätzung dürfte sich auch der Gemeinschaftsgesetzgeber anschließen. Weiterhin müssten die „Authorities“ zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses beitragen. Dies würde hier wohl der Fall sein. Der Bericht legt dar, dass die Harmonisierung noch nicht abgeschlossen sei.⁶⁴ Das liege daran, dass

⁶⁰ Vetter (Fn. 56), S. 728 f.; ähnlich auch Fischer-Appelt (Fn. 25), S. S. 87 f.

⁶¹ EuGH Urteil vom 2.5.2006, Rs. C-217/04, Rdn. 44, Slg. I (2006), 3771 (3806); abl. Ohler (Fn. 26), S. 373 f., der aber das Vorliegen einer „ungeschriebenen Annexkompetenz“ in Erwägung zieht.

⁶² EuGH Urteil vom 2.5.2006, Rs. C-217/04, Rdn. 44 Slg. I (2006), 3771 (3806).

⁶³ EuGH Urteil vom 2.5.2006, Rs. C-217/04, Rdn. 45 Slg. I (2006), 3771 (3806).

⁶⁴ Bericht (Fn. 1), Absatz 103.

die Richtlinien den Mitgliedstaaten eine Reihe von Schlupflöchern und Abweichungsmöglichkeiten eröffneten („stem from ... ambiguities contained in directives“).⁶⁵ Für die fehlende oder unzureichende Harmonisierung werden zahlreiche Beispiele aufgezeigt.⁶⁶ Schließlich dürften die Aufgaben, welche den „Authorities“ übertragen werden sollen, auch in engem Zusammenhang mit den Bereichen stehen, auf die sich das materielle Sekundärrecht bezieht. Die Schaffung oder Änderung entsprechender sekundärrechtlicher Norm werden im Bericht im Einzelnen dezidiert empfohlen.⁶⁷ Ausdrücklich wird es als Aufgabe der „Authorities“ bezeichnet, die bestehenden Unterschiede zu analysieren und Vorschläge zu ihrer Beseitigung auszuarbeiten.

Im Ergebnis dürfte im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH Art. 95 Abs. 1 EGV als Grundlage für die Schaffung der „Authorities“ geeignet sein.

Weiterer Untersuchungen könnten im Hinblick auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips gemäß Art. 5 Abs. 2 EGV vorgenommen werden. Doch wäre ihre praktische Bedeutung eher gering, da dieses Prinzip bisher noch wenig Wirkung entfaltet hat.⁶⁸

b) Auffangtatbestand: Art. 308 EGV

Art. 308 EGV kommt ebenfalls als Rechtsgrundlage für die Gründung von Gemeinschaftsagenturen in Betracht. Es handelt sich allerdings um eine „Auffangkompetenz“, die nicht dazu missbraucht werden darf, an sich notwendige Änderungen des Primärrechts zu umgehen.

Wenn die Verträge die für die Verwirklichung der Gemeinschaftsziele nötigen Befugnisse nicht enthalten, kann der Rat auf der Grundlage von Art. 308 EGV die „geeigneten Vorschriften“ erlassen. Diese Kompetenz umfasst auch die

⁶⁵ Bericht (Fn. 1), Absatz 199.

⁶⁶ Bericht (Fn. 1), Absatz 105.

⁶⁷ Bericht (Fn. 1), Abschnitt IV, Absätze 101, 107-109 sowie 198.

Gründung von Agenturen.⁶⁹ So wurde die Gründung der Grundrechteagentur auf Art. 308 EGV gestützt.⁷⁰ Allerdings enthält Art. 308 EGV eine Reihe von (einschränkenden) Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen.

Die Gründung der „Authorities“ müsste erforderlich erscheinen, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes ein Gemeinschaftsziel zu verwirklichen. Das mit der Gründung zu verwirklichende Gemeinschaftsziel ist die Sicherstellung von Finanzstabilität als Teil der harmonischen, ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung des Wirtschaftslebens durch Europäisierung der Finanzaufsicht. Bei der Beurteilung des Gemeinschaftszieles wird dem Gemeinschaftsorgan ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt.⁷¹ Das Gemeinschaftsziel der Sicherstellung von Finanzstabilität hält sich auch im Rahmen des gemeinsamen Marktes. Das Versagen und die Unzulänglichkeiten der Finanzaufsicht im internationalen Maßstab sind im Bericht wohl hinreichend plausibel dargelegt, bedürfen aber noch eingehender Untersuchungen. Vor allem ist es noch zu früh für eine abschließende Bewertung. Derart weitreichende organisatorische Änderungen auf EU-Ebene, wie die Errichtung eines neuen dezentralen Aufsichtssystems und die Schaffung von Einrichtungen mit Hoheitsbefugnissen bedürfen sorgfältiger Prüfung. Sie können ohnehin nur künftigen Krisen vorbeugen und nicht mehr die gegenwärtige Situation bereinigen, so dass kein extremer Zeitdruck besteht.

c) Ausschluss einer Finanzmarktaufsicht auf EU-Ebene

Aber selbst wenn die geplanten „Authorities“ die Voraussetzungen von Art. 95 EGV oder Art. 308 EGV erfüllen, bleibt ein gravierendes Bedenken: Der Weg zu diesen Vorschriften könnte deswegen versperrt sein, weil das Problem der Finanzmarktstabilität, und namentlich der Aufsicht über Kreditinstitute und sonsti-

⁶⁸ Näher, speziell bezogen auf unabhängige europäische Agenturen *Vetter* (Fn. 56), S. 725 ff.

⁶⁹ *Wittinger* (Fn. 28), S. 614.

⁷⁰ Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates vom 15.2.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte.

⁷¹ *Schwartz*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Art. 308 EG Rdn. 172.

ge Finanzdienstleistungsunternehmen, bei der Schaffung des Vertrags von Maastricht gesehen und nach kontroverser Diskussion in einer ganz spezifischen Weise entschieden worden ist. Die schließlich Gesetz gewordene Regelung wäre exklusiv und würde als *lex specialis* die Anwendung der Art. 95 und 308 EGV zur Schaffung einer Finanzmarktaufsicht auf EU-Ebene ausschließen.

aa) Art. 105 Abs. 5 EGV

Nach Art. 105 Abs. 5 EGV trägt das ESZB zur reibungslosen Durchführung der Maßnahmen bei, die von den zuständigen Behörden auf dem Gebiet der Aufsicht über die Kreditinstitute und der Stabilität der Finanzsysteme ergriffen worden sind. Eine Konkretisierung dieser Regelung ist in Art. 25.1 ESZB Statut enthalten.

Diese Aufgabe war bei den Verhandlungen, die zum Maastricht-Vertrag führten, sehr umstritten. „Einige Vertreter wollten der EZB bei der Beaufsichtigung der Kreditinstitute eine beschränkte Rolle zuerkennen, während ihre Gegner diese Aufgabe *allein den nationalen Behörden vorbehalten* wollten.“⁷² Der ursprüngliche Vorschlag der Präsidenten der nationalen Notenbanken zum Statut des ESZB ging noch weiter in die andere Richtung und sah in der Aufsicht „eine der grundlegenden Aufgaben des ESZB“. ⁷³ Der Wortlaut des ersten Entwurfs bedeutete, dass das System die Befugnis haben sollte, eigene Vorstellungen zur Vorgehensweise in Aufsichts- und Stabilitätsfragen zu formulieren, die Vorgehensweise der zuständigen (nationalen) Einrichtungen zu koordinieren und eigene Entscheidungen durchzusetzen.⁷⁴ Nach langen Diskussionen wurde die gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag stark verwässerte Regelung schließlich Gesetz.⁷⁵

⁷² Smits, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 3, 6. Aufl. 2003, Art. 105 Rdn. 70 [Hervorhebung nicht im Original].

⁷³ Smits (Fn. 72), Rdn. 70 Fn. 54.

⁷⁴ Smits, The European Central Bank, 1997, S. 335.

⁷⁵ Vgl. Smits (Fn. 74), S. 337.

Dieser mühsam bei der Schaffung primären Gemeinschaftsrechts gefundene Kompromiss würde durch die Verwirklichung der Vorschläge zum ESFS und den „Authorities“ in wesentlichen Punkten durch sekundäres Gemeinschaftsrecht aufgebrochen. Das wäre mit fundamentalen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts kaum zu vereinbaren und bedarf eingehender weiterer Untersuchungen.

bb) Art. 105 Abs. 6 EGV

Das gefundene Ergebnis wird noch dadurch bestärkt, dass das primäre Gemeinschaftsrecht in Art. 105 Abs. 6 EGV eine weitere Regelung getroffen hat, die sich speziell mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstigen Finanzinstitute auf EU-Ebene befasst. In dieser Vorschrift ist ein spezifischer Weg eröffnet, wie die Aufsicht auf eine europäische Institution übertragen werden kann. Die im Bericht der de Larosière Gruppe aus guten Gründen angestrebte „Europäisierung“ der Aufsicht ist nach erster Einschätzung auf diesen Weg zu verweisen, wenn sie nicht den Weg der Vertragsänderung gehen will. Der Weg ist detailliert geregelt. Er ist an spezifische Voraussetzungen geknüpft und weist dezidierte Grenzen auf, da die Aufsicht über Versicherungen nach langen Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren bewusst ausgenommen worden ist.⁷⁶ Alle diese Vorgaben könnten unterlaufen werden, wenn eine vergleichbare Struktur durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geschaffen werden dürfte, das an wesentlich geringere Voraussetzungen und Grenzen gebunden ist.

Auch diese Bedenken erfordern eingehende weitere Untersuchungen.

cc) Zwischenergebnis

Die in Art. 105 Abs. 5 und 6 EGV als Kompromiss getroffene Regelung der Finanzmarktaufsicht und der Finanzmarktstabilität versperren nach erster Prüfung als *lex specialis* den Weg zur Schaffung eines ESFS mit dezentralen „Authorities“ durch sekundäres Gemeinschaftsrecht.

⁷⁶ Smits (Fn. 72), Rdn. 77 und 78.

Es bedarf eingehender weiterer Untersuchungen, ob das vorgeschlagene System ohne Änderung des Vertragsrechts eingeführt werden darf.

d) Zwischenergebnis

Es bestehen erhebliche Bedenken, ob das gegenwärtige Primärrecht eine hinreichende Grundlage für die vorgeschlagene Einführung des ESFS mit „Authorities“, denen Exekutivfunktionen zukommen sollen, bietet.

5. Die Aufgaben und Befugnisse der „Authorities“

Eine Übertragung von Aufgaben und Befugnissen ist grundsätzlich zulässig. Die Übertragung neuer Entscheidungszuständigkeiten durch den Rat auf Agenturen richtet sich nach der zugrundeliegenden Kompetenznorm. Auch die Übertragung von Aufgaben und Befugnissen der Kommission an eine Agentur ist möglich.⁷⁷ Selbst von dem Rat auf die Kommission übertragene Kompetenzen können durch die Kommission weiter übertragen werden, wenn dies in einer Delegationsnorm vorgesehen ist.⁷⁸ Ohne eine Subdelegationsermächtigung hat es allein der Gemeinschaftsgesetzgeber in der Hand, Aufgaben zu verteilen.⁷⁹ Die Kommission darf sich nicht eigenmächtig ihrer Aufgaben entledigen.

a) Die Meroni-Doktrin

Der EuGH hat in seiner „Meroni“-Rechtsprechung⁸⁰ Grenzen für die Übertragung von Befugnissen auf Einrichtungen aufgestellt, die von den Organen der Europäischen Gemeinschaften getrennt sind. In dem entschiedenen Fall ging es um die Übertragung von finanzrechtlichen Befugnissen auf eine selbstständige finanzielle Einrichtung („Ausgleichskasse für eingeführten Schrott“), die in privatrechtlicher Form organisiert war. Eine solche Übertragung war als solche

⁷⁷ Fischer-Appelt (Fn. 23), S. 102 f.

⁷⁸ Fischer-Appelt (Fn. 23), S. 103-105.

⁷⁹ Fischer-Appelt (Fn. 23), S. 105.

⁸⁰ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11.

ausdrücklich in Art. 53 Abs. 1 EGKSV vorgesehen. Es ging also im Wesentlichen um die Modalitäten und die Grenzen der Übertragungsmöglichkeit.

Ausgangspunkt der nach diesem Urteil benannten „Meroni-Doktrin“ ist die Überlegung, dass die Mitgliedstaaten ihre Hoheitsrechte nur insoweit auf die Europäischen Gemeinschaften übertragen haben, wie im Rahmen der Gemeinschaften Einrichtungen und Organe handeln, die in den von ihnen geschlossenen Verträgen vorgesehen sind. Nur solche Einrichtungen haben die erforderliche demokratische Legitimation.

Entscheidend kommt es nach Auffassung des Gerichts darauf an, ob tatsächlich *hoheitliche Befugnisse* übertragen worden sind.⁸¹ Die Vorbereitung von Beschlüssen, die von einem Gemeinschaftsorgan durchgeführt werden und für die es die Verantwortung trägt, soll nicht darunter fallen.⁸² Im Wesentlichen meint das Gericht damit die Rechtsmacht, rechtsverbindliche Ermessensentscheidungen treffen zu dürfen.⁸³ Entscheidungen auf der „Grundlage festumrissener Vorschriften“, die „Willkürmaßnahmen ausschließen und die Nachprüfung der verwendeten Unterlagen ermöglichen“ sollen nicht erfasst sein.⁸⁴ Es spricht sogar an einer Stelle von „freiem“ Ermessen, das eingeräumt worden sein müsse und eine eigene Wirtschaftspolitik ermögliche.⁸⁵

Der Grund für das Verbot der Übertragung von so verstandenen Ermessensentscheidungen ist nicht nur die fehlende demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit, sondern auch eine Störung des „Gleichgewichts der Gewalten“, die eine „für den organisatorischen Aufbau der Gemeinschaft kennzeichnende“ „grundlegende Garantie“ darstelle. „Die Übertragung von Befugnissen mit Ermessensspielraum auf andere Einrichtungen als solche, die im Vertrag zur

⁸¹ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (36).

⁸² EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (37).

⁸³ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (44).

⁸⁴ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (42).

⁸⁵ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (43 f.).

Ausübung und Kontrolle dieser Befugnisse im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten vorgesehen sind, würde diese Garantie jedoch verletzen.“⁸⁶

Im Ergebnis müssen bei der Übertragung von Hoheitsbefugnissen zumindest folgende Anforderungen beachtet werden:

- Es dürfen „keine weiterreichenden Befugnisse übertragen werden, als sie der übertragenden Behörde nach dem Vertrag selbst zustehen“.⁸⁷
- Es dürfen nur Ausführungsbefugnisse übertragen werden, die genau umgrenzt sind und deren Ausübung von dem zuständigen Gemeinschaftsorgan beaufsichtigt wird.⁸⁸
- Der Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz darf durch die Übertragung von Aufgaben auf nachgeordnete Stellen nicht verletzt werden.⁸⁹
- Die Übertragungsentscheidung muss ausdrücklich erfolgen.⁹⁰

Diese Rechtsprechung ist jedoch nicht unmittelbar auf die Errichtung von Gemeinschaftsagenturen übertragbar. Zunächst bezog sich das Urteil auf Art. 53 Abs. 1 EGKSV und nicht auf den EG-Vertrag. Weiterhin handelte es sich um die Übertragung von Befugnissen auf ein Privatrechtssubjekt und nicht auf eine Einrichtung des öffentlichen europäischen Rechts.⁹¹ Auch in inhaltlicher Hinsicht gilt es zu bedenken, dass bei der Meroni-Rechtsprechung Aufgaben übertragen werden sollten, die primärrechtlich angelegt waren.⁹² Daher ist eine direkte Anwendung der Maroni Rechtsprechung nicht mehr in ihrer strengen Form geboten.

⁸⁶ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (14, 44).

⁸⁷ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (40).

⁸⁸ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (44), bezogen auf die Hohe Behörde.

⁸⁹ EuGH Urteil vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg 1958, S. 16 (44).

⁹⁰ EuGH Urteil vom 13.06.1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (15, 42)

⁹¹ *Fischer-Appelt* (Fn. 23), S. 107.

⁹² *Ohler* (Fn. 26), S. 373.

Die Meroni-Rechtsprechung dürfte sich aber insoweit auf die Errichtung der „Authorities“ auswirken, dass 1. eine hinreichende Grundlage im Primärrecht für die Aufgaben vorliegt, die übertragen werden, Art. 5 Abs. 1 EGV und dass 2. eine Kontrolle möglich ist.

b) Die übertragenen Aufgaben

Ob hinreichende Befugnisse der EU im Hinblick auf die zu übertragenden Befugnisse vorliegen, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Bei den vorgesehenen Befugnisse handelt es sich (1) um die Möglichkeit, eine rechtlich bindende Mediation durchzuführen⁹³, (2) alle nötigen Informationen über grenzüberschreitende Institutionen von den nationalen Aufsichten zu sammeln⁹⁴, (3) aufsichtsrechtliche Standards verbindlich festzusetzen⁹⁵, (4) eine Lizenzierung und Aufsicht über bestimmte EU weite Institutionen auszuüben⁹⁶ und (5) sicherzustellen, dass alle nationalen Aufsichten die nötigen Standards erfüllen, notfalls die Aufgaben selbst zu übernehmen⁹⁷.

Insgesamt ist jedoch nicht sicher, ob die Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 14 Abs. 1 EGV tatsächlich einer EU-weiten Finanzmarktaufsicht bedarf. Die übliche weite Interpretation der Vorschrift mag das noch abdecken,⁹⁸ bedarf aber noch vertiefter Erörterung.

- (1) Die Möglichkeit, eine rechtlich bindende Mediation durchzuführen, mag mit Art. 5 Abs. 1 EGV zu vereinbaren sein, da sie letztlich der Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 14 Abs. 1 EGV zu dienen bestimmt ist. Wenig überzeugend ist jedoch das Ziel der Harmonisierung der Finanzaufsicht, da nicht ohne weiteres einsichtig ist, wie eine EU-weite

⁹³ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 Buchst. i, erster Spiegelstrich.

⁹⁴ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 Buchst. i, dritter Spiegelstrich.

⁹⁵ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 Buchst. iii.

⁹⁶ Bericht (Fn. 1), Absatz 208 Buchst. ii.

⁹⁷ Bericht (oben Fn. 1), Absatz 208 Buchst. iv, dritter Spiegelstrich.

⁹⁸ Leible, in: Streinz (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 14 Rdn. 26.

Harmonisierung durch rechtlich verbindliche Mediation zwischen nationalen Finanzaufsichten herbeigeführt werden kann.

Das liegt zum Teil daran, dass unklar bleibt, was eine solche bindende Mediation sein soll. Als Mediation wird regelmäßig ein Verfahren alternativer Streitschlichtung (alternative dispute resolution – ADR) bezeichnet, das im Gegensatz zu Schiedsverfahren die Beteiligten eben nicht bindet.

- (2) Die Koordination des Informationsflusses mag der Harmonisierung der Finanzaufsicht und Sicherung der Finanzstabilität dienen.
- (3) Auch die verbindliche Festsetzung von aufsichtsrechtlichen Standards dient der Harmonisierung der Finanzaufsicht und Sicherung der Finanzstabilität.
- (4) Der Bericht empfiehlt beispielsweise Credit Rating Agenturen wegen ihres hohen und grenzüberschreitenden Einflusses zentral zu beaufsichtigen. Ein pauschales Urteil dahingehend, ob dies der Sicherung der Finanzstabilität dient, lässt sich nicht fällen.
- (5) Die Sicherstellung einheitlicher Aufsichtsstandards in der Gemeinschaft dient dem Ziel, Regulierungslücken zu schließen und Arbitrage zu unterbinden. Dieses Ziel korrespondiert mit der Sicherung der Finanzstabilität. Sehr weit geht jedoch die Kompetenz, im Notfall die Aufgaben von einzelnen nationalen Aufsichtsmaßnahmen zu würdigen und gegebenenfalls an Stelle der nationalen Einrichtungen tätig zu werden.

c) Unabhängigkeit des ESFS

Problematisch ist hier, dass dem ESFS und den „Authorities“ eine begrenzte Unabhängigkeit eingeräumt werden soll. Die Immunisierung der Aufsicht sowohl von Einwirkungen der Politik als auch der beaufsichtigten Institutionen mag in der Sache dringend geboten sein. Es bestehen zahlreiche Anhaltspunkte, dass hier ein wesentlicher Faktor für Entstehung und Verlauf der gegenwärtigen Kri-

se liegt. Dennoch müssen die Grenzen, die das Demokratieprinzip setzt, beachtet werden. Schon bei der Gewährung von Unabhängigkeit für die Notenbanken sind immer wieder Bedenken im Hinblick auf die Anforderungen demokratischer Legitimation und Verantwortlichkeit geäußert worden. Diese Kritik ist nie vollständig verstummt, kann letztlich aber aus überzeugenden Gründen entkräftet werden.⁹⁹

Die Kommission wird wohl wenig Einfluss auf die „Authorities“ ausüben können, wenn sie sich über Gebühren finanzieren. So kann die Kommission bei den Agenturen Gemeinschaftliches Sortenamt (CPVO) und Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (OHIM) in Finanz- und Haushaltsangelegenheiten aufgrund der Gebührenfinanzierung wenig effektive Kontrolle ausüben.¹⁰⁰ Agenturen brauchen aber eine demokratische Legitimation.¹⁰¹ Soweit sie hoheitlich tätig werden, muss der Zusammenhang von Aufsicht, Verantwortung und Kontrolle bestehen bleiben.

Diese Bedenken sind der Expertengruppe wohl auch nicht fremd gewesen. In einer Fußnote wird deswegen versucht, die Anforderungen an die (gewünschte) Unabhängigkeit zu konkretisieren. Aufsichtsrechtliche Unabhängigkeit wird dort als eine Situation definiert, in der die Aufsichtsbehörde („supervisor“) in der Lage sei, ihre Beurteilungen und Befugnisse unabhängig vom Vollzug von Vorsichtsregeln oder anerkannten Geschäftsgebräuchen („prudential and/or business conduct rules“) auszuüben, das heiße ohne ungebührlich von den Beaufsichtigten, der Regierung, dem Parlament oder irgend einer anderen interessierten Seite beeinflusst zu werden oder auf diese angewiesen zu sein.¹⁰²

⁹⁹ Vgl. beispielsweise *Siekman*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 88 Rdn. 33-40 m. Nachw. für die Kritik in Fn. 116.

¹⁰⁰ *Dammann*, Die Beschwerdekammern der europäischen Agenturen, 2004, S. 91, 94.

¹⁰¹ *Fischer-Appelt* (Fn. 23), S. 184-187.

¹⁰² Bericht (Fn. 1), Absatz 187 Fn. 10.

Noch deutlicher wird gefordert, dass die Aufsichtseinrichtung („supervisory authority“) in der Lage sein müsse, ein eigenes, unabhängiges Urteil zu fällen (z.B. im Hinblick auf die Erteilung von Genehmigungen, vor-Ort-Kontrollen, Aufsicht aus der Distanz, Verhängung und Vollstreckung von Sanktionen) und auch die dazu notwendigen Befugnisse eingeräumt werden müssten. Dabei dürften weder andere Behörden noch die (Finanz-)Industrie das Recht oder die Möglichkeit haben, zu intervenieren. Sehr idealisierend wird weiter gefordert, dass die Aufsichtseinrichtung („supervisor“) ihre Entscheidungen auf rein objektiver und diskriminierungsfreier Grundlage zu treffen habe. Es soll sich aber nicht um eine Unabhängigkeit handeln, wie sie dem ESZB eingeräumt worden sei. Vielmehr solle sich diese aufsichtsrechtliche Unabhängigkeit von der Unabhängigkeit der Zentralbanken dahingehend unterscheiden, dass die Regierung politisch verantwortlich bleibe („the government [...] remains politically responsible“).¹⁰³

Dann heißt es aber wieder relativierend, dass Parlament und Regierung nur keine unmittelbaren Befugnisse gegenüber der Aufsichtseinrichtung ausüben und nicht direkt in das Tagesgeschäft eingreifen sollten. Die Unabhängigkeit sollte ausgeglichen („balanced“) und gestärkt („strengthened“) werden durch angemessene Rechenschaftspflichten und Transparenz des Regulierungs- und Aufsichtsprozesses in Übereinstimmung mit den Anforderungen an die Vertraulichkeit.¹⁰⁴

Ganz konkret wird anschließend gefordert, dass die nationalen Behörden von solchen Kontrollmechanismen Abstand nehmen sollten, wie dem Vorsitz von Regierungsvertretern in Leitungsgremien oder deren aktive Teilnahme in solchen Organen. Entsprechendes gelte für Aufsichts- und Verwaltungsräte. Ihr Einfluss solle auf die Möglichkeit beschränkt bleiben, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu ändern, langfristige Ziele vorzugeben oder die Leistung der

¹⁰³ Ebda.

¹⁰⁴ Ebda.

Einrichtung zu bewerten, unter der Voraussetzung, dass dies auf eine offene und transparente Weise geschehe.

Es mögen gute, aus vergangener Erfahrung gespeiste Gründe für diese konkreten Anforderungen sprechen. Sie sind aber alles andere als in sich konsistent, da sie versuchen, sich wechselseitig ausschließende Grundprinzipien zu verwirklichen. Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht (der Regierung) sind ohne Weisungs- und Leitungsbefugnisse nicht möglich. Niemand kann für etwas verantwortlich sein, auf das er keinen Einfluss hat.

Zudem fehlt eine hinreichend plausible Begründung, warum eine solche Durchbrechung des Demokratieprinzips bei der Aufsicht durch die „Authorities“ von der Sache geboten und damit auch gerechtfertigt ist.

d) Zwischenergebnis

Je nach Ausgestaltung, mögen die (modifizierten) Anforderungen der Meroni-Rechtsprechung noch erfüllt sein. Die Empfehlungen zur Unabhängigkeit des ESFS sind aber wenig eindeutig und nicht in sich konsistent. Zudem fehlt eine hinreichende Darlegung der Gründe, warum eine Durchbrechung des Demokratieprinzips, und vor allem des Prinzips der Ministerverantwortlichkeit, sachlich geboten und damit gerechtfertigt ist.

6. *Zwischenergebnis*

Bei den bisher angestellten Erwägungen kann es sich nur um eine erste Einschätzung handeln. Insgesamt ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang durch sekundäres Gemeinschaftsrecht (neue) nachgeordnete Einrichtungen der EU mit Hoheitsbefugnissen geschaffen werden dürfen und wann dafür eine Änderung des Primärrechts erforderlich ist, außerordentlich umstritten und bedarf weiterer eingehender Prüfung.

III. Fazit

Das Grundanliegen, das mit den Empfehlungen verfolgt wird, leuchtet ein, doch bedarf es sorgfältiger Prüfung im Detail. Namentlich muss ihre Umsetzung über jeden rechtlichen Zweifel erhaben sein. Insoweit besteht auch kein Zeitdruck, da die gegenwärtige Krise durch die Neuregelungen nicht gelöst werden kann. Sie dienen der Prävention.

Bei den vorgeschlagenen „Authorities“ handelt es sich um Gemeinschaftsagenturen, deren grundsätzliche Zulässigkeit nicht mehr in Zweifel gezogen wird. Sehr kritisch wird aber ihre Massierung gewürdigt, die immer mehr zu einem disparaten eigenen Verwaltungsunterbau der EU geführt habe. Das sei aber von den Verträgen so nicht gewollt.

Die Schaffung von Gemeinschaftsagenturen mit eigenen Entscheidungsbefugnissen im Verhältnis zu anderen Einrichtungen der EU, den Mitgliedsländern oder gar dem Bürger durch Sekundärrecht ist im Schrifttum nicht unumstritten, wird aber überwiegend wohl anerkannt. Die Rechtsprechung des EuGH ist insoweit nicht eindeutig, so dass in diesem Punkte weiterer Klärungsbedarf besteht.

Jedenfalls wird für die Errichtung von Gemeinschaftsagenturen, also auch den vorgeschlagenen „Authorities“, eine Rechtsgrundlage im Primärrecht verlangt. Grundsätzlich kommt dafür Art. 95 Abs. 1 EGV in Betracht; subsidiär auch Art. 308 EGV als Auffangtatbestand.

Erhebliche Zweifel bestehen jedoch, ob dieser Weg nicht durch die speziellen Vorschriften zur Finanzmarktaufsicht in Art. 105 Abs. 5 und 6 EGV versperrt ist. Da die Problematik einer EU-weiten Aufsicht im Zusammenhang mit dem Vertrag von Maastricht kontrovers diskutiert worden ist, darf der schließlich Gesetz gewordene Kompromiss mit seinen besonderen Anforderungen und Voraussetzungen nicht durch neues sekundäres Gemeinschaftsrecht unterlaufen werden. In diesem Punkt besteht jedenfalls weiterer Klärungsbedarf.

Die rechtliche Beurteilung der den „Authorities“ zu übertragenden Aufgaben und Befugnisse hängt weitgehend von der Deutung der nicht klaren Rechtsprechung des EuGH ab. Jedenfalls liegt keine Beschränkung auf eine informationssammelnde und entscheidungsvorbereitende Tätigkeit vor. Die Befugnisse können auch nicht als Ermächtigungen zur Vornahme von Handlungen rein technischer Natur verstanden werden. Die Anordnung verbindlicher Mediation ist unklar. Im Zweifel soll es auch Anordnungsbefugnisse geben, wohl auch gegenüber einzelnen Behörden und Finanzinstituten. Hier bestehen auch Unklarheiten und Unsicherheiten, die weiterer Klärung bedürfen. Entscheidend wird die Ausgestaltung im Detail sein.

Schließlich stößt auch die vorgesehene Unabhängigkeit von Einwirkungen der Politik und von den Aufsichtsunterworfenen auf rechtliche Zweifel. Die Parallelen zum ESZB sind augenfällig, werden aber zum Teil bestritten. Insgesamt ist dieser Teil der Vorschläge in sich so brüchig, dass er in dieser Form nicht die notwendige sachliche Rechtfertigung für eine Durchbrechung demokratischer Leitungs- und Verantwortungsstränge bietet.

C. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE

Die notwendig kursorische Prüfung der Empfehlungen führt zu folgenden (vorläufigen) Ergebnissen:

Die Errichtung des European Systemic Risk Council stößt auf keine gravierenden rechtlichen Bedenken.

Die Umwandlung der bestehenden Ebene-3 Ausschüsse in ein neues europäisches System von Finanzaufsicht wirft verschiedene rechtliche Zweifelsfragen auf. Eine Umsetzung der Empfehlungen ohne Änderung des Vertragsrechts ist mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden. Sie betreffen vor allem die rechtliche Grundlage für sekundärrechtliche Maßnahmen, die Zulässigkeit der Übertragung der vorgesehenen Befugnisse auf die „Authorities“ als Gemein-

schaftsagenturen und die Konflikte der als unabdingbar angesehenen Unabhängigkeit der Einrichtungen mit dem Demokratieprinzip.

WORKING PAPERS

1 (2006)	Helmut Siekmann	The Burden of an Ageing Society as a Public Debt (veröffentlicht in: European Public Law 2007 (13/3))
2 (2006)	Helmut Siekmann	Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach geltendem Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa
3 (2006)	Helmut Siekmann	Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank
4 (2006)	Reinhard H. Schmidt Aneta Hryckiewicz	Financial Systems - Importance, Differences and Convergence
5 (2006)	Roman Inderst Holger M. Mueller Felix Münnich	Financing A Portfolio of Projects
6 (2006)	Roman Inderst Holger M. Mueller	A Lender-Based Theory of Collateral
7 (2006)	Joachim Wieland	Staatsverschuldung als Herausforderung für die Finanzverfassung (veröffentlicht in: JZ 2006, S. 751 ff.)
8 (2007)	Helmut Siekmann	Der Anspruch auf Herstellung von Transparenz im Hinblick auf die Kosten und Folgekosten der Steinkohlesubventionierung und den Börsengang der RAG AG
9 (2007)	Henry Ordower	Demystifying Hedge Funds: A Design Primer (veröffentlicht in: UC Davis Business Law Journal 2007 (7/2), S. 323-372)
10 (2007)	Helmut Siekmann	Die Spielbankabgabe und die Beteiligung der Gemeinden an ihrem Aufkommen – zugleich ein Beitrag zu den finanzverfassungsrechtlichen Ansprüchen der Gemeinden (veröffentlicht in: Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum

70. Geburtstag, Herausgegeben von Hermann Butzer, Markus Kaltenborn, Wolfgang Meyer, 2008, S.319-345)

11 (2007)	Symposium am 26.11.2007 in Frankfurt am Main	Neuordnung der föderalen Finanzbeziehungen
12 (2007)	Stefan Gerlach Peter Kugler	Deflation and Relative Prices: Evidence from Japan and Hong Kong
13 (2007)	Katrin Assenmacher- Wesche Stefan Gerlach Toshitaka Sekine	Monetary Factors and Inflation in Japan
14 (2007)	Guntram B. Wolff	Schuldenanstieg und Haftungsausschluss im deutschen Föderalstaat: Zur Rolle des Moral Hazard
15 (2008)	Helmut Siekmann	Föderalismuskommission II für eine zukunftsfähige Gestaltung der Finanzsystem nutzen
16 (2008)	Katrin Assenmacher- Wesche Stefan Gerlach	Ensuring Financial Stability: Financial Structure and the Impact of Monetary Policy on Asset Prices
17 (2008)	Helmut Siekmann	Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Haushaltsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und Bündnis 90/Die Grünen für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung
18 (2008)	Hans Genberg Cho-Hoi Hui	The credibility of <i>The Link</i> from the perspective of modern financial theory
19 (2009)	Helmut Siekmann	Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Mittelstand und Energie und des Haushalts- und Finanzausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen Keine Hilfe für Banken ohne einen neuen Ordnungsrahmen für die Finanzmärkte
20 (2009)	Chun-Yu Ho Wai-Yip Alex Ho	On the Sustainability of Currency Boards: Evidence from Argentina and Hong Kong

21 (2009)	Stefan Gerlach	The Risk of Deflation
22 (2009)	Tim Oliver Berg	Cross-country evidence on the relation between equity prices and the current account
23 (2009)	Melanie Döge Stefan Jobst	Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem Ansatz
24 (2009)	Helmut Siekmann	Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf EU-Ebene Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter dem Vorsitz von Jacques de Larosière